Die
Verpfändung eines Warenlagers nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität zu Rostock

ACAD. LEGUM RIBL.

vorgelegt

von

Friedrich Käsehage
Referendar a. D. aus **Hannover.**

Rostock.
Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.
1910.

Referent: Professor Dr. Matthiass.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Seite 1. Einleitung.

„ 2. I. Die rechtliche Natur des Warenlagers.

„ 2. 1. Das Warenlager eine Sachgesamtheit; die Sachgesamtheit und die Sacheinteilung der l. 30 pr. D 41.3; der Sachinbegriff des B.G.B.

„ 6. 2. Die Sachgesamtheit ist als solche nicht Rechtsobjekt.

„ 15. 3. Die wahre Bedeutung der Sachgesamtheit.

„ 20. II. Das Warenlager als Gegenstand des Pfandrechts.

„ 20. 4. Bestellung des Pfandrechts.

„ 25. 5. Bedeutung des Wechsels der im Warenlager enthaltenen einzelnen Stücke.

„ 30. 6. Rechtsverhältnisse nach dem Tode des Verpfänders.

„ 32. 7. Rang mehrerer Pfandrechte.

„ 39. 8. Distraktion des Warenlagers.

„ 40. III. Sicherungsübereignungen:

„ 40. 9. deren Zulässigkeit,

„ 43. 10. ihre Formen und Folgen,

„ 48. 11. Besonderheiten bei fiduziarisch übereignetem Warenlager.

„ 50. Schlußbemerkung.

Literatur.

O. Bähr: Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. München und Leipzig 1883.

J. Baron: Pandekten, 6. Auflage. Leipzig 1887.

J. Baron: Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht. Marburg und Leipzig 1864.

M. A. v. Bethmann-Hollweg: Das zwanzigste Buch der Pandekten. Bonn 1877.

J. Biermann: Bürgerl. Recht Bd. 1. Berlin 1908.

J. Biermann: Das Sachenrecht des B.G.B. Berlin 1898 u. 1903.

J. Bekker: System des heutigen Pandektenrechts. Weimar 1886.

A. Brinz: Lehrbuch der Pandekten. Erlangen 1873.

H. Buhl: Das Recht der beweglichen Sachen nach dem B.G.B. in „das Recht des B.G.B. in Einzeldarstellungen" Bd. XI. Berlin 1901.

S. Buetow: Die Sicherungsübereignungen. Dissert. Göttingen 1894.

J. Caspari: Sicherungsübereignungen und Sicherungszession nach gem. Recht und B.G.B. Dissert. Rostock 1903.

R. Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des B.G.B. Jena 1904.

C. Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1900.

E. Demelius: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreich. bürgerlichen Recht. Wien und Leipzig 1897.

H. Dernburg: Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Leipzig 1860 und 1864.

H. Dernburg: Pandekten 7. Auflage. Berlin 1902.

H. Dernburg: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts. Halle a. S. 1902.

H. Dernburg: Das Sachenrecht. Halle a. S. 1904.

A. Düringer und M. Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch 2. Band. Mannheim 1900.

E. Eck: Vorträge über das Recht des B.G.B. Berlin 1898.

F. Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899 bezw. 1903.

L. Enneccerus und H. O. Lehmann: Das bürgerliche Recht. Marburg 1901.

A. Exner: Kritik des Pfandrechtsbegriffs. Leipzig 1873.

S. Friedmann: Welche Bedeutung kommt der in den römischen Quellen anerkannten vind. gregis zu? Dissert. Breslau 1896.

J. Geißmar: Die Verpfändung einer Sachgesamtheit, insbesondere eines Warenlagers ist nach B.G.B. zulässig . . . in Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. 13. Jahrg. 1904 S. 90 ff.

F. Gerbert: Die Sicherheitsübereignung und das Mobiliarsicherungsrecht. Dissert. Rostock 1905.

F. G. Gesterding: Die Lehre vom Pfandrecht nach Grundsätzen des römischen Rechts. Greifswald 1831.

F. G. Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. Greifswald 1832.

O. Gierke: Deutsches Privatrecht (Binding, Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft). Leipzig 1895—1905.

O. Gierke: Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurfe eines B.G.B. (in Bekker und Fischer: Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs, Heft 18). Berlin 1889.

W. Girtanner: Die Rechtsstellung der Sache und der Eigentumsbegriff mit besonderer Rücksicht auf Sachgesamtheit (universitas), Accession und Miteigentum (Jahrb. f. Dogmatik Bd. 3 S. 58 ff.). Jena 1859.

F. Goltz: Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechts. Dissert. Rostock, Marburg 1901.

Göppert: Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen nach römischem Recht. Halle 1871.

Hellwig: Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung. Archiv für die ziv. Praxis Bd. 64, S. 369 ff. Freiburg und Tübingen 1881.

Huschke: Von der Verpfändung von Sachen, deren Eigentümer man nicht ist. In: Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß (Lindes Zeitschr.) Bd. 20, S. 176 ff. Gießen 1844.

F. Jaeger: Komm. zur Konkurs-Ordn. II. Aufl. Berlin 1904.

Katzenstein: Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien. In: Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 49, S. 325 ff. Berlin 1905.

J. Kohler: Pfandrechtliche Forschungen, Jena 1882.

J. Kohler: Das Dispositionsnießbrauchsrecht. In: Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 187 ff. Jena 1886.

G. A. Leist: Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien. Jena 1889.

Leonhard: Über die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag nebst einem Anhange über die beabsichtigte Beseitigung des constitutum possessorium. In: Gruchots Beiträgen Bd. 25, S. 177 ff. Berlin 1881.

R. Linckelmann: Die Sicherungsübereignungen. Im Archiv für bürgerl. Recht (Kohler-Ring) Bd. 7, S. 209 ff. Berlin 1892.

L. Matthiass: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Berlin 1900.

H. Meyer: Neuere Satzung von Fahrnis und Schiffen. Jena 1903.

Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin 1896.

H. Neumann: Jahrbuch des deutschen Rechts 1.—7. Jahrgang.

G. Planck: Kommentar. Berlin 1906.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des B.G.B. Berlin 1899.

G. F. Puchta: Kursus der Institutionen. Leipzig 1875.

G. F. Puchta: Vorlesungen über das heutige römische Recht. Leipzig 1873.

G. F. Puchta: Pandekten. Leipzig 1877.

F. Regelsberger: Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte. Erlangen 1859.

F. Regelsberger: Pandekten. Leipzig 1877.

G. Rehbein: Das B.G.B. mit Erläuterungen.

E. von Schwind: Wesen und Inhalt des Pfandrechts. Jena 1899.

R. F. F. Sintenis: Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836.

R. F. F. Sintenis: Das praktische gem. Zivilrecht. Leipzig 1868.

Staub's Kommentar zum H.G.B. 8. Aufl. Berlin 1907.

J. V. Staudinger's Kommentar zum B.G.B. und dem E.G. München 1907.

A. Stölzel: Zur Lehre vom Faustpfande. Im Archiv für die zivilist. Praxis, Bd. 45, S. 254 ff. Heidelberg 1862.

J. Unger: System des österr. allgemeinen Privatrechts, Bd. I. Leipzig 1856.

R. A. v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. Marburg und Leipzig 1876.

C. G. v. Wächter: Geschichte, Quellen und Literatur des württemberg. Privatrechts. Stuttgart 1839.

C. G. v. Wächter: Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württemb. Privatrecht, Heft I. Stuttgart 1845.

C. G. v. Wächter: Pandekten, herausgegeben von O. v. Wächter. Leipzig 1881.

Warnkönig: Über den Begriff und die juristische Wichtigkeit der s. g. universitas rerum. Im Archiv für die Ziv.-Praxis, Bd. 11, S. 169 ff. Heidelberg 1828.

B. Windscheid (Th. Kipp): Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt 1900.

M. Wolff: Der Mitbesitz nach dem B.G.B. Iherings Jahrb. 44, S. 143 ff. Jena 1902.

E. Zeller: Grundriß der Geschichte der griechischen Philosophie. Leipzig 1905.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit.: „R. G.").

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (Mugdan und Falkmann) zit.: „O.L.G.").

J. A. Seuffert's Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Deutsche Juristenzeitung.

Juristische Wochenschrift.

Bei der Verpfändung eines Warenlagers treten mancherlei interessante Schwierigkeiten zutage, die in der Natur des Warenlagers begründet sind. Diese sollen den Gegenstand der nachfolgenden Erörterung bilden. Wir betreten damit das Gebiet der Rechtsverhältnisse an sogenannten Sachgesamtheiten, auf dem die Zahl der wichtigen Kontroversen im gem. Recht wie unter der Herrschaft des B. G. B. ganz besonders groß ist, und deren Lösung oft nach mehr als zwei Richtungen möglich und versucht ist. Für das gem. Recht hat man geradezu behauptet, die Lehre von den Sachgesamtheiten befinde sich im Zustande der Zerfahrenheit [1]). Um das Pfandrecht steht es im gem. Recht nicht viel besser. Es kann deshalb nach der Art der vorliegenden Arbeit nicht unsere Aufgabe sein, alle unser Thema berührenden Streitfragen erschöpfend wiederzugeben. Wir müssen uns darauf beschränken unter möglichst umfassenden Literaturangaben, zu den einzelnen Fragen je nach ihrer Bedeutung für unseren besonderen Fall mit größerer oder geringerer Ausführlichkeit Stellung zu nehmen.

---

[1]) Demelius, Pfr. S. 150.

I.

Die rechtliche Natur des Warenlagers.

1.

Das Warenlager vereinigt in sich eine Menge einzelner körperlicher Gegenstände, die angeschafft sind, um wiederum veräußert zu werden [1]). Der Zweck, dem sie zu dienen bestimmt sind, hält die verschiedenen, an sich durchaus selbständigen, körperlichen Gegenstände zusammen derart, daß sie in den Augen des Verkehrs als zusammengehörig, geradezu als ein Ganzes erscheinen [2]).

Diese Merkmale deuten auf die Zugehörigkeit zu den Sachgesamtheiten, sie kennzeichnen das Warenlager als rerum universitatis, als Sachinbegriff.

Der Begriff der Sachgesamtheit ist danach ein wirtschaftlicher, ein durch das gewöhnliche Leben geschaffener, und es fragt sich, ob dieser Begriff juristisch von Bedeutung ist, bezw. welche Bedeutung es hat, wenn eine Sachgesamtheit zum Gegenstande eines Rechtsgeschäfts gemacht wird.

Das röm. Recht unterscheidet nach der Definition der l. 30 pr. D. 41,3 drei Arten von Sachen, von denen

---

[1]) und zwar (auf was es hier nicht weiter ankommt) durch eine Person, die die Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren gewerbsmäßig und zu Erwerbzwecken betreibt.

[2]) Es ist danach belanglos, für unsere Abhandlung jedenfalls ohne Bedeutung, ob die einzelnen Waren ein „Lager" im eigentlichen Sinne, ein „En gros"-Lager bilden oder den Bestand eines offenen Ladens ausmachen.

Das häufiger zu erwähnende Wort „taberna" bezeichnet zunächst den Ladenraum, aus dem der Detail-Verkauf stattfindet, dann die darin enthaltenen Waren selbst.

uns hier nur die letzte angeht: tertium (corpus) quod ex distantibus constat, ut corpora plura (non?) soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex. Während der Begriff nach der Definition also ein sehr umfassender ist, scheinen ihn die gewählten Beispiele wesentlich einzuengen, und es herrscht im gem. Recht lebhafter Streit darüber, ob und wie weit Sachgesamtheiten als corpora ex distantibus oder rerum distantium [1]) im Sinne der Quellen zu gelten haben. Die Frage ist für das gemeine Recht von großer praktischer Bedeutung, weil die Quellen in der vindicatio gregis über die vindicatio von corpra ex distantibus besondere Vorschriften enthalten, die ev. auf alle anderen Sachgesamtheiten ausgedehnt werden müßten; für viele außerdem noch deshalb — und für diese ist die Entscheidung von ganz besonderer Wichtigkeit —, weil sie aus der Zulässigkeit der vindicatio gregis andere bedeutsame rechtliche Konsequenzen (Eigentum, Besitz usw. an dem grex als solchem) herleiten.

Die einzelnen Meinungen kommen in der Ausdehnung des Begriffes des corpus ex distantibus auf andere Sachgesamtheiten zu sehr verschiedenen Resultaten. Viele erkennen überhaupt keinen Unterschied

---

[1]) Die Worte: Sachgesamtheit und corpus ex distantibus bezeichnen nach allgemeinem Gebrauch dasselbe, ebenso universitas rerum distantium, universitas facti sive hominis oder einfach universitas, Kollektivganze. Da wir aber hier streng unterscheiden müssen, bezeichnen wir mit corpus ex distantibus den engeren obiger Legaldefinition entsprechenden Begriff und setzen die anderen Ausdrücke in Gegensatz dazu.

an[1]), jedoch meist aus praktischen Erwägungen in bewußtem Gegensatz zu den Quellen[2]). Nach Warnkönig ist das Entscheidende, daß die Einzelsachen vertretbare Sachen sind.[3]) Nach Gesterding müssen die Einzelsachen gleichartig sein[4]). Andere endlich behaupten, der Begriff bleibe auf Herden und ähnliche „Naturganze" beschränkt[5]).

Diese letzte Ansicht allein entspricht den Quellen; wie die ganze Sacheinteilung der l. 30 cit. beruhen die einzelnen Begriffe auf den Anschauungen der stoischen Philosophie[6]). Diese bezeichnete aber als corpora ex distantibus nur Vereine lebender Wesen, die durch Geselligkeitstrieb zusammengehalten werden[7]). An Sachen kommen als corpora ex distantibus daher nur Herden und „quae gregatim habentur" in Betracht. Die in l. 30 cit. angeführten Beispiele sprechen deutlich für diese Auffassung, die in den Quellen auch sonst, ihre Bestätigung findet[8]).

---

[1]) Dernburg, Pand. 7. Aufl., Bd. I, S. 157. Unger, System I, S. 476—484. Bekker, System I, S. 291 ff. Sintenis, Ziv. Recht I, S. 443. Puchta, Vorl. I, S. 80 f. v. Keller, Pand. I, S. 107 f.

[2]) Vergl. dazu die beiden folgenden Absätze.

[3]) Arch. ziv. Pr. 11, § 2, S. 175 ff.

[4]) Nachf. S. 83, ähnlich Huschke in Lindes Ztschr. 20, S. 199, 253.

[5]) Göppert, Gesamtsachen S. 49 ff., 105 f.— Baron, Gesamt-Rsverh., S. 53. Wächter, Pand. I, S. 263. Windscheid Pand. 5. Aufl. I, S. 606 (früher anders). Brinz, Pand. I, S. 545.

[6]) Vergl. Wächter, Pand. I, S. 267. Bekker a. a. O. I, S. 291. Göppert a. a. O. 49 ff.

[7]) Göppert a. a. O.

[8]) Vgl. l. 1, § 3, D. 6. 1, l. 70 § 3, D 7, 1.

Die Quellen haben für andere Sachgesamtheiten (außer für Herden und Vermögensganze: Pekulien, Erbschaften u.s.w.) nicht einmal den Ausdruck universitas[1]) und kennen Vorschriften wie die über die vindicatio gregis für andere Kollektivganze nicht[2]). Es kann danach keinem Zweifel unterliegen, daß das Warenlager kein corpus ex distantibus im Sinne der Quellen ist.

Eine andere Frage ist, ob man diesen Begriff nicht trotzdem für das gemeine Recht auf alle Sachgesamtheiten ausdehnen kann; in der Verkehrsanschauung, die den Begriff überhaupt geschaffen hat, würden dann auch die Grundlagen für seine Umgrenzung zu suchen sein. Dieser Schritt ist um so weniger bedenklich, wenn man die Vorschriften über die vindicatio gregis auf Eigentümlichkeiten des römischen Prozeßverfahrens zurückführt, sie als prozessuale Vorschriften ansieht, denen man im gemeinen Recht keine praktische Bedeutung mehr beizulegen hat[3]). Die Praxis der obersten Gerichte hat sich in mehreren Entscheidungen dieser Auffassung angeschlossen und eine einheitliche[4]) Vindikation einer taberna, eines Warenlagers, entsprechend der vindicatio gregis zugelassen[5]).

[1]) Über dessen Bedeutung vgl. Warnkönig a. a. O., S. 175 ff. Sintenis, Ziv.-R., S. 438, Anm. 60. Wächter, Erört. S. 4. Auch Windscheid, Pand. 5. Aufl., S. 604.

[2]) Vergl. l. 3, § 1, l. 56 D, 6, 1. Dernburg, Pand. I, S. 530, Anm. 4.

[3]) Vergl. Dernburg, Pand. I, S. 530, Anm. 4.

[4]) S. die Entscheidungen in S. A. 13, 308, 28, 108, 36, 127.

[5]) Auch die prozessuale Bedeutung der vindicatio gregis ist sehr bestritten; eingehend über diese Streitfrage Friedmann,

Das B.G.B. bedient sich nach dem Vorgange des preuß. A.L.R. des Ausdrucks „Inbegriff“ von Sachen, ohne dessen Bedeutung näher zu bestimmen; danach dürfte die Verkehrsanschauung für die Umgrenzung des Begriffes maßgebend sein. Daß das Warenlager Sachinbegriff i. S. des B.G.B. ist, wird im § 92 Abs. 2 ausdrücklich gesagt, könnte aber nach dem Gesagten ohnehin nicht zweifelhaft erscheinen. Die eben erörterte Streitfrage des gemeinen Rechts über die rechtliche Natur des Warenlagers ist damit wohl gegenstandslos geworden.

2.

Gegenstand einer anderen „berühmten“ Kontroverse bildet der Satz: daß der Sachgesamtheit als solcher nicht Sacheigenschaft zuzuschreiben ist.

Auf welchem Standpunkte man sich in der im vorigen Paragraphen, unter 1. erörterten Frage auch stellt, eines ist immer festzuhalten: Die vindicatio gregis ist nicht zurückzuführen auf ein von dem Eigentum an den einzelnen Tieren verschiedenes Eigentum an dem Grex als solchen; Gegenstand dinglicher Rechte sind vielmehr bei dem corpus ex distantibus wie bei den Sachgesamtheiten überhaupt nur die einzelnen Stücke, die die Gesamtheit ausmachen. Zwar ist dieser Satz für die Verpfändung einer taberna in l. 34 pr. D. 20,1 mit aller wünschenswerten Deutlichkeit ausgesprochen, doch hat man das als Ausnahmebestimmung mit der besonderen Natur des Waren-

---

Bedeutung der vind. greg., S. 30 ff. Vergl. a. Bekker, System I, S. 297. Göpperta, a. a. O., S. 106.

lagers bezw. damit begründen wollen, daß das Pfandrecht im Gegensatz zu anderen dinglichen Rechten die Stücke einer Sachgesamtheit als einzelne ergreift [1]). Sicher aber ist, daß das Warenlager auch nach römischem Recht nicht anders dasteht, wie jede andere Sachgesamtheit, und daß das Pfandrecht eine universitas nicht anders ergreift wie jedes andere dingliche Recht. Insofern dies durch eine allgemeine Entscheidung über die Frage nach der juristischen Natur der universitas überhaupt mit bewiesen wird, ist diese Entscheidung für uns von grundsätzlicher Bedeutung; wir wollen in aller Kürze zu ihr Stellung nehmen.

Gegenstand des Eigentums und sonstiger dinglicher Rechte können nach herrschender Auffassung [2]) nur körperliche Sachen sein; diejenigen, die behaupten, die universitas sei als solche Gegenstand dinglicher Rechte, müssen also beweisen, daß die Sachgesamtheit, deren Einheit doch lediglich eine intellektuelle ist, eine körperliche Sache im Sinne des Gesetzes ist.

Die einen [3]) sehen in der universitas als solcher eine natürliche körperliche Sache; wir vermögen uns nicht vorzustellen, wie man zu dieser Anschauung kommen kann. Da außer nach Gesterding diese

[1]) Huschke a. a. O., S. 199, bezw. Warnkönig a. a. O., S. 197.

[2]) A. A. Girtanner a. a. O., S. 58 ff.; der von ihm entwickelte neue Eigentumsbegriff hat keinen Anklang gefunden.

[3]) Brinz, Pand. I, S. 469 f., Warnkönig a. a. O., S. 172, 179 ff.; Baron, Ges.Rs.Verh., § 1 a. E., § 2. Gesterding, Nachforsch., S. 76 ff., auch Girtanner auf Grund seines Eigentumsbegriffs.

neue körperliche Sache von der Summe der Einzelsachen verschieden sein soll. Daß die Römer diese Anschauung hatten, soll daraus hervorgehen, daß die Quellen die rerum universitas als corpus bezeichnen [1]); wie schon oben erwähnt, ist der Sachenbegriff der Quellen auf die Lehre der Stoiker zurückzuführen, nach dieser wird aber Körperliches wie Unkörperliches als corpus bezeichnet [2]), so daß der Ausdruck corpus für die Körperlichkeit des darunter begriffenen Gegenstandes nichts besagt.

Demgegenüber wird von einer anderen Meinung die Körperlichkeit der universitas als solcher auf eine Fiktion zurückgeführt [3]). Wie soll eine fingierte Sache aber der „faktischen Herrschaft" Jemandes unterliegen, also im Eigentum Jemandes stehen können? Den Römern hat eine solche Fiktion offenbar gänzlich fern gelegen. Bezüglich des Besitzes, bei dem die Möglichkeit faktischer Herrschaft unbedingt Voraussetzung ist, bestimmt l. 30 § 2 D. 41,3 ausdrücklich, daß dieser nur an den Einzelsachen stattfinden könne. Wie kann man aber — und diese Frage ist auch an die vorerwähnte Meinung zu richten — Eigentum an einer Sache haben, die man nicht besitzen kann? [4])

[1]) l. 18 J. 2,20; l. 30 D. 41,3.

[2]) Vgl. Zeller, Grundriß., S. 212.

[3]) Sintenis Ziv.-Recht I, S. 441, Pfandr., S. 465. Puchta, Inst. II, S. 128 ff., Pand., § 35, Vorl., S. 81. Windscheid, Pand. I, § 137.

[4]) Darüber wie man sich mit diesem Widerspruch abzufinden sucht, vgl. Brinz, Pand. I, S. 654. Puchta, Vorl., S. 81. Baron, Ges.R.Verh., S. 54, Warnkönig a. a. O., S. 194 ff., 197 f.

Jedenfalls soll nach diesen Lehren die universitas als solche ein neues Rechtsobjekt bilden; man begründet diese Auffassung hauptsächlich mit der Zulässigkeit der Vindikation einer Herde als Gesamtheit [1]). Es ist aber nicht gesagt, daß das, was Gegenstand selbständiger Vindikation ist, selbständiges Objekt des Eigentums sein müsse [2]), mit den Quellen ist diese Auffassung nicht in Einklaug zu bringen. Auf den Widerspruch mit l. 30 D 41,3 wurde im vorigen Absatz schon hingewiesen. Nach der l. 21 § 1 D 44,2 ergibt sich aus der Vindikation der Herde eine exceptio rei judicatae gegen die Vindikation einzelner Stücke; wieso das, wenn jene ein Neues, Anderes ist, verschieden von der Summe dieser? Eine Stütze für diese Auffassung glaubt man besonders in l. 2 D 6,1 zu finden, weil dort ausgesprochen sei, daß jemand mit der vindizierten Herde auch Dritten gehörige Stücke herausverlangen könne [3]).

Das wäre allerdings ein schwerwiegendes Moment! Die Annahme, daß dieses in l. 2 cit. ausgesprochen sei, ist jedoch unbegründet; weshalb mit „aliena capita“ nur solche, die dem Beklagten gehören, gemeint sein sollen, ist nicht erfindlich. Außerdem heißt es in l. 23 § 5 cit. ausdrücklich: singulae partes suam propriam speciem retinent und kann nach l. 3 cit. Hinzugekauftes nur gefordert werden, wenn es vom Eigentümer

[1]) l. 1 § 3, l. 2, l. 3 D de rei vind. 6,1.

[2]) Vgl. Dernburg, Pfr. I, S. 454 f.

[3]) Girtanner a. a. O., S. 111 f. Warnkönig, S. 191, auch Wächter, Erört., S. 19.

oder bonae fidei possessor erworben ist. „Wozu diese Verklauselierungen, wenn die Herde schlechthin — nach ihrem jeweiligen faktischen Bestand — ohne Rücksicht auf das Recht des Klägers an den einzelnen Stücken herauszugeben wäre“ [1])? Es läßt sich eben aus den Quellen nicht nachweisen, daß die universitas als solche Rechtsobjekt ist, richtiger ist sicherlich der entgegengesetzte Standpunkt [2]), daß Gegenstand dinglicher Rechte stets nur die einzelnen Sachen sind, daß die Zulässigkeit der vindicatio gregis lediglich eine aus Zweckmäßigkeitsrücksichten hervorgerufene prozessuale Vorschrift ist. Ohne diese hätte Kläger die Zahl der in der Herde enthaltenen Tiere angeben müssen, und würde er mit der ganzen Klage abgewiesen sein, wenn er auch nur ein Stück zuviel angegeben hätte; eine Wiederholung der Klage war bekanntlich nicht zulässig. Ein positiver Beweis wird sich aus den Quellen kaum erbringen lassen, weder für die eine noch die andere Ansicht, da die einschlägigen Quellenstellen teilweise in der Tat mehrdeutig sind, und Windscheid dürfte (für das gem. Recht wenigstens) Recht behalten, wenn er meint, diese Streitfrage würde wohl nie aussterben [3]). Unter diesen Umständen muß man sich mit der

---

[1]) Dernburg, Pfandr. I, S. 455 ff.

[2]) Dernburg, Pand. I, S. 157, Pfandr. I, § 59. Vangerow, § 71, Bekker, System, § 71. Wächter, Erört. Nr. 1: „über Sachgesamtheiten“, Pand. I, S. 263 ff. Regelsberger, Pand. S. 370 ff. Göppert a. a. O., S. 58 ff. Unger, System, § 57, S. 477. Friedmann a. a. O.

[3]) Pand. I, S. 606.

größeren Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit begnügen, und die hat unseres Erachtens die hier vertretene Theorie für sich.

Unter der Herrschaft des B.G.B. ist diese Frage aufs neue Gegenstand des Streites geworden, ein Fortschritt gegenüber dem Gemeinen Recht ist nur insofern zu verzeichnen, als die Vertreter der herrschenden Meinung heute weit in der Überzahl sind.

Die Ansicht, daß die Sachgesamtheit als solche auch nach dem Recht des B.G.B. einen einheitlichen Körper darstelle und daher Gegenstand dinglicher Rechte sein könne, wird nur noch selten vertreten[1]), so von Cosack, der ihre Berechtigung dadurch erwiesen glaubt, daß das B.G.B. Nießbrauch an einem Sachinbegriff kennt (§ 1035)[2]). Es wird weiter unten gezeigt werden, daß ein solcher Rückschluß aus der Bestimmung des § 1035 nicht gerechtfertigt ist. Vor allem hat Gierke[3]) diese Anschauung auch für das Recht des B.G.B. vertreten. Nach ihm ist „ein Inbegriff von körperlichen Gegenständen, soweit er als einheitlicher Gegenstand aufgefaßt wird, selbst ein körperlicher Gegenstand, er ist genau so

---

[1]) Außer den im Text Genannten vertrat Biermann in seinem Sachenrecht § 1204, Anm. 2, diese Auffassung, gab sie jedoch später auf; vgl. 2. Aufl. an gleicher Stelle.

[2]) Lehrb. I, S. 133.

[3]) Gierke, Privatrecht II, § 104; vgl. auch seine Ausführungen in Bekker und Fischer's Beiträgen zum Entwurf, Heft 18, S. 106 ff.

real wie die körperliche Einzelsache“ [1]). Aus dem Beweise geht nicht ganz klar hervor, worauf sich derselbe richtet, doch soll offenbar bewiesen werden — und darauf kommt es ja auch an — daß der Sachinbegriff als solcher eine von der Summe der Einzelkörper verschiedene körperliche Einheit sei. Dieser Beweis ist unseres Erachtens jedoch nicht erbracht. Bewiesen wird lediglich, daß (mit Gierkes eigenen Worten): der Inbegriff in seiner Gesamtheit „einen in jedem Augenblick räumlich festbegrenzten Teil der äußeren Güterwelt“ bildet, daß also die einzelnen Körper zusammengenommen immer noch etwas Körperliches sind; das wird niemand bestreiten wollen [2]). Die Körperlichkeit — eine Fiktion lehnt Gierke ausdrücklich ab — des Sachinbegriffs als solchen ist damit aber nicht erwiesen und demgemäß ebensowenig die Behauptung, der Sachbegriff könne „körperlicher Gegenstand“ im Sinne des § 90 B.G.B. sein. Auch ist die Auffassung Gierkes, die Worte „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände“, hätten nur terminologische Bedeutung [3]), unzutreffend, wenigstens sofern damit gesagt sein soll: die Vorschriften über Sachen bezögen sich nur auf

[1]) Privatrecht II, § 104, Anm. 15.

[2]) Auf Gierkes Auffassung: Die Sache sei ein Rechtsbegriff, und als solcher beruhe er auf einer vom Rechtsbewußtsein vollzogenen Abstraktion von der sinnfälligen Wirklichkeit, a. a. O. Bd. I, S. 269, kommt dabei natürlich gar nichts an; denn diese bedingt das Vorhandensein einer körperlichen Sache im natürlichen Sinne.

[3]) a. a. O. II, § 104, Anm. 13.

körperliche Sachen, doch könnte durch das Gesetz eine Erstreckung des Begriffes auf unkörperliche Gegenstände stattfinden, und wo dies geschehen sei, würden damit auch nach dem Recht des B.G.B. die fraglichen Gegenstände zu „unkörperlichen Sachen“ gestempelt[1]). Im übrigen findet auch Gierke[2]) in dem Gebrauch der Worte „Inbegriff von Sachen“, besonders in § 1035, und deren Bedeutung einen Beweis dafür, daß das B.G.B. in dem Sachinbegriff einen einheitlichen Gegenstand von Rechten sieht. Wir kommen auf diesen Einwand wie auf den vorigen noch zurück bei Begründung der gegenteiligen Ansicht.

Diese hat die meisten übrigen Schriftsteller[3]) und die Praxis[4]) für sich. Danach ist also nicht der Sachinbegriff, sondern sind stets allein und unmittelbar die darin enthaltenen Einzelkörper Gegenstand der dinglichen Rechte.

Was schon oben ausgeführt wurde, gilt auch hier. Es erscheint uns widersinnig, in der Sachgesamtheit eine von der Summe der Einzelsachen verschiedene körperliche Einheit anzunehmen, sie stellt doch lediglich einen Begriff dar, und der kann nie etwas

[1]) a. a. O. II, § 100, Anm. 1.

[2]) a. a. O. II, S. 51 u. 53, Anm. 20.

[3]) Planck, Komment. I, S. 161. Staudinger, Komment. I, S. 281. Dernburg, Bürg. R. III, S. 7. Matthiass, Lehrb. I, S. 145 f. Enneccerus-Lehmann, Bürg. R. I, § 45. Biermann, Bürg. R. I, S. 375; Sachenr. s. oben, S. 11, Anm. 1. Endemann, Lehrb., 9. Aufl. I, S. 229 f. Crome, System I, S. 274; III, S. 819. Eck, Vortr. I, S. 94. Rehbein, Bürgerl. Ges.-Buch I, S. 80. Demelius, Pfandr., S. 209. Buhl, Recht der bewegl. Sachen, S. 14.

[4]) R.G. Bd. 53, Nr. 55.

Körperliches sein; man wird dessen Körperlichkeit nie beweisen können. Erscheint dies als zweifellos sicher feststehend, so ist die Richtigkeit der herrschenden Ansicht für das Recht des B.G.B. schon aus dem § 90 des Gesetzbuches hinreichend erwiesen: „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände." Und der Beweis soll nach Motiven und Protokollen auch darin liegen. Nach letzteren hat man diesen Paragraphen entgegen einem Antrag auf Streichung (da er überflüssig sei) beibehalten, zum Teil gerade deshalb, weil „materiell der Satz daraus herzuleiten sei, daß Rechte nur an einzelnen Sachen, nicht aber an sog. Sachgesamtheiten anerkannt würden[1])". Demgegenüber erscheint die Auffassung Gierkes über die Bedeutung des § 90 unhaltbar.

Wenn sich nun das Gesetz auch des Ausdrucks Sachinbegriff bedient und an diese Bezeichnung zuweilen bestimmte rechtliche Folgen knüpft, so geht daraus noch nicht hervor, daß ein Sachinbegriff als solcher Sache im Sinne des Gesetzes sei, zumal wenn in den Motiven mit der Deutlichkeit, wie es geschehen ist, bekundet wird, daß das Gegenteil in dem Gesetz ausgesprochen sein solle. „Die Regelung der dinglichen Rechte in dem Entwurf wird ergeben, daß man ein solches Recht immer nur an einer einzelnen Sache erwerben kann, und daß, wenn von dem Nießbrauche an einem Inbegriffe gesprochen wird, doch jede Sache, welche derselbe umfaßt, für sich Gegenstand des Nießbrauchs ist. Der Entwurf verhält sich hiernach ab-

[1]) Prot. III, S. 1.

lehnend gegen die Vorstellung, daß eine Sachgesamtheit Gegenstand von Rechten sein könne[1])." Dabei bleiben wir uns bewußt, daß die Gesetzesmaterialien keine Gesetzeskraft haben, und ihre Bedeutung für die Interpretation des Gesetzes sehr verschieden beurteilt wird. Doch kann man unseres Erachtens auf keinen Fall in das Gesetz hineininterpretieren, was von grundlegender Bedeutung ist, und nach den Ausführungen der Motive gerade nicht darin liegen soll, wenn sich nicht im Gesetz selbst sicherer Anhalt dafür findet; das ist hier aber keineswegs der Fall. Der Einwand, die Ausführungen der Motive seien um so weniger verbindlich, als sich gegenüber dem ersten Entwurf wesentliche Änderungen vollzogen hätten[2]), ist nicht stichhaltig. Zum mindesten geht doch aus den Materialien hervor, daß der Gesetzgeber sich der Schwierigkeiten, die auf Grund der Sachdefinition des § 90 bezüglich der Sachinbegriffe bestanden, stets bewußt gewesen ist. Sollte sich nun mit jenen Änderungen ein derartiger Umschwung in der Grundanschauung des Sachbegriffes vollzogen haben, daß Gierkes Auffassung für das Gesetz zutreffend wäre, so hätte das im Gesetz selbst zum Ausdruck kommen müssen.

3.

Wenn nun nach dem Voraufgegangenen sowohl der universitas des gemeinen Rechts wie dem Sachinbegriff des B.G.B. die Eigenschaften selbständiger

---

[1]) Mot. III, S. 28 f.

[2]) Gierke a. a. O. II, S. 51.

Rechtsobjekte abgesprochen werden müssen, so ist es gleichwohl in beiden Rechtsgebieten rechtlich nicht ohne Bedeutung, ob Sachen als einzelne oder in ihrer Zugehörigkeit zu einem Inbegriff Gegenstand eines Rechtes oder eines Rechtsgeschäfts sind. Ob das eine oder andere der Fall ist, kann zweifelhaft sein und muß deshalb jedesmal besonders entschieden werden; maßgebend ist der Wille der Parteien, wie er regelmäßig beim Geschäftsabschluß durch die Art der Bezeichnung des Geschäftsgegenstandes, oder mittelbar durch die Art der Vereinbarungen zum Ausdruck gelangt.

Ist danach eine universitas Gegenstand des Rechtsgeschäftes, so äußert sich die Bedeutung dieses Umstandes im gemeinen Recht in verschiedener Weise: Einmal erblickt man darin ein Interpretationsmoment; gewisse Abmachungen, über die ausdrückliche Bestimmungen nicht getroffen sind, werden (zuweilen auf Grund positiver Gesetzesvorschrift)[1]) als stillschweigend vereinbart angesehen. Dann findet nach herrschender Auffassung bei Sachgesamtheiten mit unbestimmter Anzahl von Einzelsachen eine entsprechend geänderte Mängelhaftung statt: Mängel einzelner Stücke sind nur soweit zu vertreten, als sie für die Beschaffenheit des Ganzen von Bedeutung sind[2]). Vor allem wird man eine einheitliche Eigentumsklage entsprechend der Vindicatio gregis zulassen.

---

[1]) Z. B. bei Verpfändung eines ganzen Vermögens (vgl. Demelius, Pfandr, S. 143), eines Warenlagers (s. unten).

[2]) Unger, System I, S. 482. Sintenis, Ziv.-R. I, S. 442, Anm. 69. S. jedoch Göppert, a. a. O., S. 68 ff.)

Unter der Herrschaft des B.G.B. hat die Sachgesamtheit noch an Bedeutung verloren. Nach der ganzen Stellung des B.G.B. zum Sachinbegriff können wir ihm nur noch insoweit Bedeutung zuweisen, als ihm das Gesetz ausdrücklich solche beilegt. Immerhin ist die Zugehörigkeit von Sachen zu einem Inbegriff nicht ohne jeden Einfluß, und es ist irreführend, wenn in den Motiven[1]) behauptet wird, daß beim Nießbrauch an einem Sachinbegriff doch jede Sache „für sich" Gegenstand des Nießbrauchs sei. Denn gemäß § 92 Abs. 2 B.G.B. werden nicht verbrauchbare Sachen auf Grund ihrer Zugehörigkeit zu Sachinbegriffen bestimmter Art als verbrauchbare Sachen angesehen, und ob ein Nießbrauch an Sachen dieser oder jener Art bestellt wird, macht in den praktischen Folgen einen bedeutenden Unterschied[2]).

Eine besonders geartete Mängelhaftung ist nach dem B.G.B. nicht begründet. Vor allem ist eine einheitliche Eigentumsklage im Sinne der vindicatio gregis ausgeschlossen.

Will der Pfandgläubiger auf Herausgabe des verpfändeten Warenlagers gegen den Schuldner oder den besitzenden Dritten Klage erheben, so hat er auch diese auf die einzelnen Waren zu richten. So wenig das Warenlager Gegenstand dinglicher Rechte sein kann, so wenig kann es den Gegenstand einer Eigentums- oder Besitzklage bilden. „Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen"

[1]) a. a. O.

[2]) Vergl. B.G.B. § 1055 und § 1067.

(§ 985). Die Folge ist, daß für jede einzelne Sache ein besonderer Anspruch besteht, und daß Kläger für jede einzelne Sache die Entstehung des die Klage begründenden Rechts zu beweisen hat[1]).

Gegenüber den daraus resultierenden Schwierigkeiten werden in der Z.P.O. Erleichterungen geschaffen, allerdings nur auf Grund allgemeiner Prozeßvorschriften.

Jene zahlreichen einzelnen Ansprüche brauchen nicht mit ebenso viel Klagen geltend gemacht zu werden, sondern sind gemäß § 260 Z.P.O. mit einer einheitlichen Klage zu verfolgen. In diesem Sinne kann man allerdings sagen, daß „auch eine Eigentumsklage auf eine Sachgesamtheit angestellt werden" könne[2]).

Außerdem wird der Richter auf Grund des Prinzips der freien Beweiswürdigung im einzelnen Falle Erleichterungen schaffen können. „Konkret kann die Beweisführung für alle Stücke zusammen die für das einzelne Stück ersetzen; konkret ist auch zu ermessen, was zur Individualisierung des Gegenstandes erforderlich ist; — event. hilft § 287 Z.P.O.", vgl. § 254[3]).

Wenn Geißmar[4]) meint: viel durchlagender als obige Hülfen sei die Hülfe, die das römische Recht

---

[1]) Vergl. Mot. III, S. 28. Eck, Vort. II, S. 323. Staub, Komm. A. 11a zu § 368 H.G.B. Staudinger, Komm. III, S. 245.

[2]) Dernburg, Bürgerl. Recht III, S. 8, der diesen Satz allerdings auf eine besondere Eigenschaft des Sachinbegriffs zurückzuführen scheint. Wir sahen jedoch oben, daß der Sachinbegriff rechtlich nur soweit von Bedeutung ist, als das Gesetz ihm ausdrücklich Bedeutung beigelegt hat.

[3]) Eck a.a.O.; s.a. Endemann a.a.O. I, § 50, Anm. 17; II, § 6, Anm. 1.

[4]) a. a. O., S. 91.

gewährte: sed enim gregem sufficit ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint; grex enim non singula capita vindicabuntur l. 1 § 2 D. 6, 1., so geht er offenbar von der Voraussetzung aus, daß aus diesem Satze Beweiserleichterungen für den Kläger herzuleiten sein, insofern als nach Beweis des Eigentums an der größeren Anzahl, für den Rest eine Präsumtion für ihn galt. Das steht aber keineswegs fest[1]).

Man hat die Behandlungsweise, die das B. G. B. den Sachgesamtheiten zu Teil werden läßt, als atomistisch angegriffen[2]), „aber Sachindividuen mit eigenem Wert erfordern auch eine eigene rechtliche Würdigung, und die Anerkennung des Ganzen als Sache neben den einzelnen Stücken bringt mehr Verwickelung als Gewinn[3])". Der grundsätzlichen Auffassung des B. G. B. ist durchaus zuzustimmen. Gleichwohl wäre eine etwas eingehendere Regelung dieser Lehre möglich und am Platze gewesen. Die bloße Proklamierung obigen Grundsatzes führt zu lästigen, teilweise unerträglichen Konsequenzen[4]). Die Aufstellung von Auslegungsvorschriften, zu der in den Streitigkeiten des gem. Rechts reichlich Handhabe geboten wurde, hätte zur Rechtssicherheit auf diesem praktisch sehr wichtigen Gebiete viel beitragen können[5]).

---

[1]) Vgl. oben S. 5, Anm. 5.

[2]) z. B. Gierke an den angegebenen Orten.

[3]) Vgl. Eck, Vortr. I, S. 94.

[4]) Vgl. unten S. 37 ff.

[5]) Vgl. auch die Ausführungen bei Demelius a. a. O., § 12, Anm. 102.

II.

Das Warenlager als Gegenstand des Pfandrechts.

4.

Da, wie wir gesehen haben, dingliche Rechte nicht an einer Sachgesamtheit als solcher, sondern nur an den dazu gehörigen Einzelsachen bestehen können, hat folgeweise auch die Bestellung solcher Rechte durch Bestellung an den einzelnen Sachen zu erfolgen. Die Verpfändung eines Warenlagers geschieht demnach durch Verpfändung der einzelnen Waren. Doch steht nichts im Wege, daß die Verpfändung unter der im Verkehr üblichen zusammenfassenden Benennung vorgenommen wird. Dies gilt für das frühere, wie das geltende Recht in gleicher Weise[1]).

In einer anderen Beziehung besteht zwischen beiden Rechten jedoch ein tiefgehender Unterschied; gerade bei Verpfändung eines Warenlagers macht sich dieser Unterschied besonders fühlbar.

Während nach gemeinem Recht zur Bestellung eines Pfandrechtes auch an beweglichen Sachen die Einigung der Parteien über die Entstehung des Rechts genügt[2]), ist dazu gemäß § 1205 B.G.B. die Übertragung des Besitzes der Pfandsache erforderlich;

[1]) Für das erstere s. Göppert a. a. O., S. 69; für das neue Recht Staudinger, Komm. III, S. 836. Düringer u. Hachenburg a. a. O. II, S. 486, R.G. 53, S. 220.

[2]) Vorausgesetzt natürlich, daß die verpfändete Sache „in bonis“ des Verpfänders (d. h. in seinem Eigentum oder ihm geschuldet) und die zu sichernde Forderung bereits existent war.

Pfandrecht an beweglichen Sachen ist nach geltendem Recht nur noch in der Form des Faustpfandes zulässig, die Vereinbarung eines constitutum possessorium ist unwirksam (§ 1253). Für Fälle, in denen eine Besitzübertragung auf den Gläubiger allein wegen Art des Pfandgegenstandes untunlich ist (wie also regelmäßig beim Warenlager), kommen die erleichternden Bestimmungen des § 1205 Abs. 2 und § 1206, vor allem die Bestimmung des § 1206 in Betracht, nach der anstelle der Übergabe der Sache die Einräumung des Mitbesitzes genügt, wenn die Sache sich unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet. Danach muß der Besitz des Gläubigers den besonderen Charakter eines Entziehungsbesitzes haben[1]). Es muß die ausschließliche Verfügungsmacht des Verpfänders beseitigt sein[2]). Wird z. B. ein Warenlager verpfändet und soll demzufolge der Mitbesitz an dem Lager eingeräumt werden, so muß, etwa durch Anbringung eines zweiten Schlosses an der Tür des Lagerraums die Einrichtung so getroffen werden, daß Schuldner nur gemeinsam mit dem Gläubiger die Tür zu öffnen vermag. Schon das Prinzip der Publizität[3]) erfordert, daß Schuldner fernerhin nicht selbständig die verpfändeten Sachen erreichen kann. Es genügt demnach

---

[1]) Enneccerus u. Lehmann, bürgerl. R., § 120, Ziff. 2.

[2]) R.G. 53, S. 220 f.; s. ferner R.G. 37 Nr. 33. Cosack, Lehrb. II, S. 285. Biermann, Sachenrecht, S. 257. Wolff, Iherings Jahrb. 44, S. 200. Eck, Vortr. II, S. 326. Protok. VI, S. 261. O.L.G. 12, S. 136 ff. a. A. O. L.G. 8, S. 195 ff.

[3]) S. unten S. 23 f.

nicht, daß der Gläubiger einen Schlüssel zu dem zweiten Schloß besitzt, wenn der Schuldner — etwa heimlich — schon bei der Bestellung des Mitbesitzes ebenfalls einen Schlüssel zurückbehalten hat, so daß er nach wie vor ohne Zutun des Gläubigers den gemeinsam verschlossenen Raum betreten kann[1]). Es dürfte dem Gläubiger daher zu empfehlen sein, selbst die Anbringung des Doppelverschlusses zu besorgen; der Umstand, daß der Schuldner sich etwa nachträglich auf verbotenem Wege einen zweiten Schlüssel verschafft, beeinträchtigt die Gültigkeit der Besitzübertragung nicht.

Wenn auch, „wie wir oben sahen, die Verpfändung eines Sachinbegriffs unter der im Verkehr üblichen zusammenfassenden Benennung erfolgen kann, so ist unter der Herrschaft des geltenden Rechts doch zu beachten, daß sich die Erfordernisse der Pfandbestellung (zumal das der Besitzübertragung) für jede einzelne Sache erfüllen müssen, außerdem muß vor allem, da die römischrechtliche Generalhypothek beseitigt ist, der Pfandgegenstand hinreichend spezialisiert werden. Danach genügt der Gebrauch der Kollektivbezeichnung zur Spezialisierung des Pfandgegenstandes, wenn alles, was zum Inbegriff gehört, dem Pfandrecht unterliegen soll. Bei Verpfändung

[1]) Vgl. die in der vorigen Anmerkung zitierte Literatur. A. A. Staub, H.G.B. Komm., S. 1361, Anm. 9. Enneccerus-Lehmann a. a. O., § 120, Nr. 4. Dühringer u. Hachenburg, H.G.B. II, S. 501. Leonhard b. Eck, Vortr. II, S. 326, Anm. 1, S. A. 50, Nr. 15.

eines Teiles dagegen genügt nicht die Angabe des quotenmäßigen Anteils[1]), sondern die Sachen müssen auch individuell wenigstens insoweit bestimmt werden, daß der neue Besitzer derselben unmittelbar, d. h. ohne daß es hierzu noch einer weiteren Bezeichnung oder Aussonderung bedürfte, seine tatsächliche Gewalt gerade über sie — im Gegensatz zu den anderen zur nämlichen Sachgesamtheit gehörenden Sachen — ausüben kann[2]).

Das B.G.B. betont also gegenüber der Mobiliar-Hypothek und dem Generalpfandrecht des gemeinen Rechts die deutschrechtlichen Prinzipien der Publizität und Spezialität des Pfandrechts. Veranlaßt durch die Folgen jener Rechtsinstitute, die eine große Unsicherheit des Kreditwesens in spätrömischer Zeit hervorriefen, hatten schon unter der Herrschaft des gemeinen Rechts die meisten und wichtigsten Partikularrechte[3])

---

[1]) Sofern es sich nicht etwa um einen ideellen Anteil handelt; für den Fall vgl. § 1258 B.G.B.

[2]) Vgl. R. G. 52 Nr. 100. Staub, Komm., Anm. 11a zu § 368 H.G.B. Eck, Vortr. III, S. 323, Anm. 3.

[3]) So das preußische A. L. R., Württemb. Pfandgesetz (über dieses s. Wächter, Erörter., S. 25 ff.), sächs. B.G.B., (v. Schwind a. a. O., S. 39) u. a. Auch das österreichische Gesetzbuch, Regelsberger Altersvorz., S. 123. Zur Zeit der Einführung der Reichs-Konk.-O. 1. 10. 1879 (dessen E. G. im § 14 das Absonderungsrecht des Pfandgläubigers im Konkurse des Verpfänders vom Besitze oder mindestens mittelbaren Besitze der Pfandsache abhängig machte) galt im Gebiet des Deutschen Reichs die Mobiliarhypothek nur noch für etwa 2 Millionen Einwohner (vgl. Katzenstein b. Gruchot 47, S. 334. Hellwig, Arch. 64, S. 370.

veranlaßt, zur Bestellung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen die Übergabe der Sache, an Grundstücken die Eintragung des Rechts in Grundbücher zu verlangen. Gegenüber den Vorzügen dieser Vorschriften, ihren heilsamen Wirkungen auf das Kreditwesen bestehen jedoch auch mancherlei beachtenswerte nachteilige Konsequenzen, so daß man die Zweckmäßigkeit ihrer Bestimmungen wiederholt in Zweifel gezogen hat [1]). Denn es ist nun ausgeschlossen, Sachen zu verpfänden, deren Besitz der Verpfänder nicht entbehren kann, so daß oft gerade dem Kreditbedürftigsten die Möglichkeit entzogen wird, gegen reale Sicherheit Geld aufzunehmen. Auch die Verpfändung eines Warenlagers ist unter diesen Umständen regelmäßig ausgeschlossen. Die durch das Gesetz bzgl. der Besitzübertragung geschaffenen Erleichterungen, von denen für unseren Fall hauptsächlich die Vorschriften des § 1206 in Frage kommen, dürften nur selten ausreichen, um die Bestellung eines Pfandrechts an einem Warenlager zu ermöglichen, denn regelmäßig wird auch die Einräumung des Mitbesitzes an den Gläubiger untunlich sein, wenn der Geschäftsbetrieb keine Störung erleiden soll. Bei dem Warenbestand eines offenen Ladens ist die Einrichtung des Mitverschlusses im Sinne des § 1206 jedenfalls nicht angängig. Man hat deshalb zu sog. Sicherungsübereignungen seine Zuflucht genommen, von denen weiter unten noch des Näheren die Rede sein wird.

[1]) Vgl. darüber Linkelmann, Archiv 7, S. 209 ff. Meyer, Neuere Satzung v. Fahrnis u. Schiffen, S. 136 ff. Leist, Sicherung, S. 7 ff. Leonhard b. Gruchot, Bd. 25, S. 177 ff.

5.

Bei vielen Sachgesamtheiten sind die einzelnen Sachen dauerndem Wechsel unterworfen, so daß, wenn Vertrag und Erfüllung bezw. Realisierung des vereinbarten Rechts zeitlich nicht zusammenfallen, die Einzelsachen, die doch den eigentlichen Gegenstand des Rechtsgeschäfts ausmachen, im letzteren Zeitpunkte nur noch zum Teil vorhanden und neue hinzugekommen sind: Stücke einer Herde sind eingegangen, neue geboren; ältere Bücher einer Bibliothek sind beseitigt, neue Werke angeschafft; der Warenbestand des Lagers ist teilweise veräußert und durch neue Waren entsprechend ergänzt; gerade bei der Verpfändung einer Sachgesamtheit pflegt dieser Tatbestand vorzuliegen, vom Pfandvertrag bis zur Distraktion vergeht regelmäßig längere Zeit. Da erhebt sich die wichtige Frage, was im einzelnen Falle als verpfändet zu gelten habe: Der Bestand der verpfändeten Gesamtheit z. Z. des Vertragsschlusses oder z. Z. der Realisierung des Pfandrechts, oder ob gar das in die Gesamtheit Neueingefügte dem Pfandrecht unterliegt, ohne daß das Ausgeschiedene von der Pfandhaftung befreit wird.

Dies nehmen im gemeinen Recht manche als Regel an[1]), doch trifft es nicht zu. Die Frage ist

[1]) Unger, System I, S. 486. „Die Verpfändung einer Gesamtsache ist nichts anderes als die Verpfändung aller einzelnen gegenwärtig und künftig hinzukommenden Sachen, welche unter den Kollektivbegriff fallen.“ Ebenso Warnkönig a. a. O., S. 197. Gesterding, Nachf. S. 81, 87, Pfandr. S. 92 konsequenter Weise, da sie die universitas als eine selbständige Einheit ansehen.

überhaupt nicht aus dem Wesen der Sachgesamtheit zu beantworten[1]), da die einzelnen Kollektivganzen in dieser Beziehung eine ganz verschiedene Beurteilung verlangen; maßgebend ist allein der Wille der Parteien. Da dieser jedoch selten erkennbar zum Ausdruck gelangt, — man bedient sich des Kollektivbegriffs und pflegt ihn, da er einem geläufig ist, nicht näher zu bestimmen — handelt es sich darum, die mutmaßliche Parteiabsicht auf Grund der Verkehrsanschauung über die betr. Sachgesamtheit festzulegen, d. h. es wird je nach Art der Verpfändeten universitas angenommen, daß entweder der Bestand z. Z. des Vertragsschlusses (mit oder ohne Einbeziehung des später Hinzugefügten) oder der zur Zeit der Distraktion (also unter Befreiung des früher Ausgeschiedenen) als verpfändet zu gelten haben. Bei welcher Art von Sachgesamtheiten nun das eine oder das andere anzunehmen sei, ist wiederum sehr streitig[2]), und nur über das Pfandrecht am Warenlager herrscht in dieser Beziehung unbedingte Einigkeit.

Bei Verpfändung eines Warenlagers ist im Zweifel als stillschweigend vereinbart anzusehen, daß die im ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebe veräußerten Waren pfandfrei werden, die an deren Stelle angeschafften Ersatzstücke in den Pfandnexus eintreten sollen. Das Erfordernis einer solchen Vereinbarung ist für ein

---

[1]) Vergl. Dernburg, Pfandr., S. 458 ff. Demelius, Pfandr., S. 200, Anm. 82. Exner, Kritik, S. 111. Wächter, Erörtr., § 5, S. 21—23. Baron, Gesamtr.-Verh., S. 52—54. — Göppert a. a. O., S. 59.

[2]) Vergl. die Literatur in der vorherigen Anmerkung.

Warenlager so natürlich, daß man es geradezu als ein „Gebot der Logik“ bezeichnet hat[1]); und in der Tat läßt sich eine Fortsetzung des Geschäftsbetriebes unter gleichzeitiger Erhaltung des Pfandobjekts auf Grund von anderen Bedingungen gar nicht denken. Außerdem enthalten die Quellen eine entsprechende Bestimmung in l. 34 D 20,1, nach der alles, was zur Zeit des Todes des Verpfänders in der taberna vorhanden sei, dem Pfandrecht unterliege. Daß nur dieses verpfändet, also alles vorher Veräußerte pfandfrei geworden sei, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, läßt sich aber per arg. e. contr. ohne weiteres daraus schließen[2]). Im Zweifel ist also die Annahme berechtigt, daß durch den Abschluß eines Pfandvertrages über ein Warenlager der Pfandgläubiger in die Befreiung der verkauften Waren aus der Haftung willigt, während der Schuldner die später anzuschaffenden Ersatzstücke antizipierend verpfändet. Ein solcher Vertrag, durch den also Sachen verpfändet werden, die noch gar nicht im Eigentum des Verpfänders stehen, war im späteren römischen

[1]) Demelius, a. a. O., S. 207.

[2]) Vergl. Dernburg, Pfandr. I, S. 459. Zwar meint Gesterding (Nachf. S. 122): „Und denpoch ist dieser Satz selbst bei der taberna noch nicht über allen Zweifel erhaben. Ganz sicher ist dies arg. e contr. wenigstens in diesem Falle nicht“, weil es möglich sei, „daß der Jurist die andere Frage, ob die verkauften vom Pfandrecht frei geworden, als in diesem Augenblick nicht aufgeworfen beiseite liegen ließ.“ Bei solcher Argumentation würden viele Quellenstellen überhaupt jede Bedeutung verlieren. Im übrigen zweifelt aber auch Gesterding nicht an der Richtigkeit des oben Gesagten.

Recht durchaus als zulässig anerkannt[1]); er liegt regelmäßig vor bei der Bestellung eines Generalpfandrechtes am ganzen Vermögen, die im späteren römischen Recht sehr häufig war.

Auch nach dem Recht des B.G.B. steht einer Vereinbarung nichts im Wege, nach der die bestimmungsgemäß veräußerten Sachen eines verpfändeten Warenlagers aus der Pfandhaftung befreit werden und die neu angeschafften in dieselbe eintreten sollen[2]). Doch müssen auch für jede der neu erworbenen Sachen alle Voraussetzungen zur Bestellung eines Pfandrechts gegeben sein, auch diese Sachen müssen, bevor ein Pfandrecht an ihnen entstehen kann, in das erforderliche Besitzverhältnis zum Gläubiger getreten sein. Fehlt es an einer entsprechenden ausdrücklichen Verabredung, so hat es auch für unser Recht keinerlei Bedenken, die entsprechenden Bestimmungen (da sie von den Parteien gewollt sind) als stillschweigend vereinbart anzusehen[3]).

Nach einer anderen Konstruktion[4]) sollen die zu veräußernden Waren von dem besitzenden bezw. mit-

---

[1]) l. 16 § 7 D 20,1. Dernburg, Pfandr. I, S. 458. Pand. § 276, S. 653. Regelsberger, Altersvorzug, S. 66 (dort zit. Quellenzeugnisse), Exner, Kritik, S. 105 ff.

[2]) Dernburg, Bürgerl. Recht III, S. 791. Staub, Komm., Anm. 11 zu § 368. Planck, Komm. III, S. 748. Staudinger, Komm. III, S. 836. Biermann, Sachen-Recht, S. 432, R.G. 53, Nr. 55.

[3]) Vgl. Dernburg a.a.O. Staub a.a.O., Anm. 4, S. 1360. Crome, System III, S. 819. Endemann, Lehrb., 9. Aufl., S. 903.

[4]) Düringer und Hachenburg a.a.O., S. 487.

besitzenden Gläubiger gegen Übergabe gleichwertiger anderer Stücke an den Verpfänder ausgeliefert werden, und mit dieser Auslieferung soll die Befreiung vom Pfandrecht eintreten. Das klingt fast, als müsse die Auslieferung des zu Veräußernden und die Einlieferung der Ersatzstücke Zug um Zug geschehen, das ist in praxi selbstverständlich unmöglich. Erfolgt die Aushändigung von Waren mit der Wirkung der Befreiung aus der Pfandhaft aber auch nur unter der Bedingung, daß später entsprechender Ersatz beschafft wird, so fragt es sich, ob die so veräußerten Waren auch dann befreit werden, wenn der Verpfänder diese Bedingung nachher nicht erfüllt[1]).

Wenn, wie wir annehmen, der Wille der Parteien für die Gestaltung der Rechtsverhältnisse an dem verpfändeten Warenlager maßgebend ist, so kann eine Befreiung der verkauften Waren nur insoweit erfolgen, als diese im Rahmen eines ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebes event. „in Ausführung einer zweckmäßigen Wirtschaftshandlung“ [2]) veräußert werden, denn nur soweit erstreckt sich die im Vertrage enthaltene Einwilligung des Pfandgläubigers. Der Verpfänder darf danach Waren einzeln oder in größeren Mengen unter Preis verkaufen, sofern sie an Wert verloren haben, oder ihre Beseitigung im Interesse des Geschäftes sonst zweckmäßig erscheint. Würden die Warenbestände dagegen „verschleudert“, oder gar der ganze Bestand des Lagers en bloc veräußert, so würden die Gegenstände

[1]) Vgl. Geißmar in Holdheim Monatsschr. XIII, S. 92.

[2]) Demelius a. a. O., S. 206.

mit dem Pfandrecht belastet auf den neuen Eigentümer übergehen[1]). Erfolgt die Veräußerung der einzelnen Waren zwar ordnungsmäßig, wird aber von Seiten des Verpfänders nicht für gehörigen Ersatz Sorge getragen, so beeinträchtigt das die Möglichkeit, pfandfrei zu verkaufen, nicht, man würde dem Gläubiger im gem. Recht aber wegen doloser, jedenfalls schuldhafter Pfandminderung, durch den Verpfänder die actio pigneratitia contraria geben, gemäß l. 13 § 1 D 13,7; „selbst eine a. hypothek. zur Beschlagnahme des Pfandes vor Fälligwerden der Pfandschuld werden wir nicht versagen"[2]).

Nach neuem Recht ist der Gläubiger auf Grund des Besitzverhältnisses regelmäßig in der Lage, auf den Gang des Betriebes einzuwirken, er muß ja durch Freigabe der Sachen bei der Veräußerung mitwirken. Bei Verlust des Besitzes kann er nach den Vorschriften des § 1006 B. G. B. von dem Besitzer die Herausgabe der Sachen verlangen[3]).

6.

Aus unserer Auffassung, nach der die Unterwerfung des neu Angeschafften unter den Pfandnexus und die Befreiung des Veräußerten im Willen der Parteien begründet ist, ergibt sich als weitere Folge, daß mit dem Tode des Verpfänders ein neuer Rechtszustand eintreten muß; dies ist im gemeinen Rechte streitig.

---

[1]) Dabei bleiben für das geltende Recht die Vorschriften über den Eigentumserwerb durch gutgläubige Dritte (§ 936 B. G. B.) unberührt.

[2]) Vgl. Dernburg, Pfandr. I, S. 459.

[3]) Vgl. Eck, Vorträge II, S. 336.

Es ist aber nur über die Sachen eine Vereinbarung getroffen worden, die der Verpfänder selbst erwirbt, und nur für diese erfüllt sich das zur Entstehung des Pfandrechts noch fehlende objektivrechtliche Erfordernis, daß die verpfändete Sache „in bonis" des Verpfänders ist. Eine Fortsetzung jenes Rechtsverhältnisses über den Tod des Verpfänders hinaus ist schon deshalb nicht angängig, weil der Schuldner dadurch Sachen seines Erben dinglich belasten würde; dies ist aber unzulässig[1]). Die Quellen enthalten entsprechende Bestimmungen in l. 29 D 20,1 für den Fall der Generalverpfändung und offenbar in l. 34 D 20,1 für den Fall der Verpfändung einer taberna. Aus dieser Stelle geht weiter hervor, daß die etwa nach dem Tode des Verpfänders noch verkauften Waren trotz der Veräußerung dem Pfandrecht unterworfen bleiben[2]). Nach Puchta[3]) ist die zitierte Quellenstelle so auszulegen, daß nach ihr angenommen wird, die Verpfändung sei (also ab initio) nur auf die Waren gerichtet, die zu der Zeit der Geltendmachung des

---

[1]) Dernburg, Pfandr. R. I, S. 266. Huschke a. a. O., S. 200 f. Gesterding Nachf., S. 116, Pfandr. S. 94.

[2]) a. A. Baron, Ges. Rs. Verh., S. 53. Regelsberger, Altersvorzug, S. 68. Beide führen die Bestimmung der l. 34 cit. auf den rein zufälligen Umstand zurück, daß zwischen dem Zeitpunkt des Todes des Schuldners und dem der Realisierung des Pfandrechts keine Änderungen vorgenommen seien, bezw. daß beide Zeitpunkte zusammenfielen und begründen die auffallende Tatsache, daß hier der Erblasser Sachen seines Erben dinglich belasten kann mit der Natur des Pfandgegenstandes.

[3]) Inst. II., S. 255 f.

Pfandrechts vorhanden sind. Das zwischen Vertragsschluß und Distraktion Veräußerte wird danach vom Pfandrechte überhaupt nicht berührt, und die Folge wäre, daß der Verpfänder mit diesen Waren ganz nach Belieben verfahren, sie also auch verschleudern könnte, ohne daß der Gläubiger bei Geltendmachung des Pfandrechts darauf zurückgreifen darf. Welche Bedeutung danach übrigens den Worten: „ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur“ zukommt, wird nicht erörtert.

7.

Infolge der einfachen Form der Pfandbestellung und der mangelhaften Publizität des Pfandrechts ist es im gemeinen Recht sehr leicht möglich, dieselbe Sache an mehrere Gläubiger zu verpfänden. Die Gefahr, daß der Pfandgegenstand über seinen wahren Wert hinaus belastet wird, ist dabei naturgemäß sehr groß, und die Frage nach dem Rang des Pfandrechts daher oft ebenso wichtig wie die nach der Gültigkeit der Pfandbestellung; reicht der Wert der Pfandsache nur zur Befriedigung eines Pfandgläubigers aus, so kommt bei mehreren Pfandrechten eben alles darauf an, wessen Recht an erster Stelle rangiert. Der Rang der Pfandrechte bestimmt sich regelmäßig nach ihrem Alter, d. h. das Recht geht vor, für das die Erfordernisse der Pfandbestellung zuerst erfüllt werden (prior tempore, potior jure l. 3 C 8,17). Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses wird im allgemeinen leicht und sicher zu bestimmen sein und kaum Anlaß zu Rangstreitigkeiten

geben. Schwierigkeiten entstehen meist erst beim Fehlen eines sonstigen Erfordernisses: wenn die zu sichernde Forderung noch nicht existent ist oder — worauf es uns hier allein ankommt — wenn die Pfandsache noch nicht existiert oder dem Verpfänder noch nicht gehört, also eine „res futura“[1]) verpfändet wurde.

In der Verpfändung eines Warenlagers ist, wie wir schon oben sahen, regelmäßig die Verpfändung von res futurae enthalten, insofern der Kaufmann Waren verpfändet, deren Eigentum er erst später erwerben wird; dieser Eigentumserwerb erfolgt für mehrere Pfandrechte naturgemäß zu gleicher Zeit, und alle Pfandrechte kommen für diese neuen Sachen zu gleicher Zeit zur Entstehung. Auch findet — und das ist festzuhalten — auf keinen Fall eine Zurückdatierung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses statt, denn es handelt sich bei dem Eigentumserwerb durch den Verpfänder hier nicht etwa um die Erfüllung einer rechtsgeschäftlich vereinbarten Bedingung, sondern um das Eintreten einer conditio juris, eines objektivrechtlichen Erfordernisses, das für die Gültigkeit selbst, nicht für den Anfang des Pfandrechts von Bedeutung ist[2]). „Es wäre widersinnig, das Pfandrecht, das in dem Eigentumsrecht des Verpfänders seine Quelle hat, in eine dem Erwerb des Eigentums vorgehende Ver-

---

[1]) Unter res futurae versteht man demnach künftig entstehende und künftig zu erwerbende Sachen.

[2]) Sintenis, Pfandrecht, S. 388.

gangenheit zurückzusetzen[1])." Rechte, die der frühere Eigentümer an den Sachen bestellt hat, bleiben natürlich unberührt und gehen allen Pfandrechten vor[2]). Obige Frage ist naturgemäß gegenstandslos für diejenigen, die in der universitas eine einheitliche neue Sache sehen; für sie bleibt das Pfandobjekt ja dasselbe, und die neu hinzutretenden Stücke werden nicht als solche verpfändet, sondern durch ihren Eintritt in die universitas als Teile dieser[3]).

Viele nehmen daher an, daß in Beziehung auf diese neu erworbenen Sachen alle Pfandrechte als gleichaltrig zu gelten hätten[4]), gleiches Alter müsse gleiches Recht gewähren. Demgegenüber ist vor allen Dingen darauf hinzuweisen, daß bei Würdigung der auf das Pfandrecht bezüglichen Quellenstellen überhaupt, also auch bei denen über den Rang von Pfandrechten nicht auszugehen ist von einem Pfandrecht (das Vorhandensein eines solchen wird überhaupt vielfach bestritten, es soll sich decken mit der Pfandklage), sondern von einer sog. „pignoris obligatio". Entscheidend für den Rang vor allem ist das Vor-

[1]) Dernburg, Pfandr. I, S. 246. Gesterding, Pfandr., S. 83 ff., insbesondere S. 248 ff. Regelsberger, Altersvorzug, S. 66. Huschke a. a. O., S. 149, 203. Puchta, Institut. II, S. 255.

[2]) Vgl. Gesterding Nachf., S. 117. Regelsberger, Altersvorzug 8. Exner, Kritik, S. 131.

[3]) Vgl. Regelsberger a. a. O., S. 70, Nr. 5.

[4]) Huschke a. a. O., S. 202 ff. Gesterding, Pfandr., § 34. Sintenis, Pfandr., S. 386 ff. Puchta, Institut. II, S. 259. Vangerow, Pand. I, § 369, Anm. 1.

handensein einer „pfandrechtlichen“ (also nicht bloß obligatorischen) Gebundenheit, die darin zu sehen ist, daß das Entstehen des Rechtes „nicht mehr durch die nackte Willkür eines jeden Paziszenten verhindert werden kann“[1]). Eine solche Gebundenheit liegt auch vor bei Verpfändung eines Warenlagers in Bezug auf die später anzuschaffenden Waren; mit dem Eigentumserwerb entsteht ohne weitere Rechtshandlung das „Verpfändetsein“, das eigentliche Pfandrecht und „darum gilt allen vom Erwerber bestellten Rechten gegenüber pignus schon mit der Konstituierung als obligiert“[2]). Die gegnerische Meinung, die die Gleichaltrigkeit der Rechte in Bezug auf die res futurae betont, stützt sich auf mehrere Quellenzeugnisse, die aber sehr problematischer Natur sind; „sie enthalten nirgends eine volle ganze Antwort“[3]). Die Beweiskraft der l. 7 § 1 D 20,4[4]) in der der Prinzipalbeweis gefunden wird, beruht auf der zum mindesten willkürlichen Annahme, daß das Spezialpfand später, also an einem anderen Tage, bestellt ist, als das Generalpfand. Das et in pignore deutet schon auf das Gegenteil. Schließlich

---

[1]) Vgl. Regelsberger, Priorität, §§ 6 ff.

[2]) Regelsberger a. a. O., S. 73. Vgl. Exner, Kritik, S. 122. Dieser bezeichnet den Zustand als „Pendenz“.

[3]) Dernburg, Pfandr. I, S. 249.

[4]) Si tibi „quae habiturus sum obligaverim, et Titio specialiter fundum si in dominium meum pervenerit“, mox dominium eius adquisie ro: putat Marcellus, concurrere utrumque cre ditorem et in pignore. Non enim multum facit quod de suo nummos debitor dederit: quippe cum res ex nummis pignoratis emta, non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat.

ist noch gar nicht sicher, ob mit dieser Lex nicht überhaupt nur gesagt sein soll, daß ein stärkeres Pfandrecht an einer Sache nicht schon dadurch begründet wird, daß die Sache mit verpfändetem Gelde gekauft wurde. Im einzelnen kann hier auf den Quellenbeweis nicht eingegangen werden, da er, wie schon aus Obigem ersichtlich, nur mit größter Umständlichkeit geführt werden kann. Die Quellen werden eingehend gewürdigt von Regelsberger[1]), der nachweist, daß die angegebenen Stellen jedenfalls als Zeugnis für die Ansicht der Gegner nicht angerufen werden können. Die Praxis hat sich mit der herrschenden Meinung[2]) auf den hier vertretenen Standpunkt gestellt.

Nur von hier aus kommt man zu einem Ergebnis, das den praktischen Anforderungen gerecht wird, die gegnerische Lehre führt zu unerträglichen Konsequenzen. Bei einem Warenlager vollzieht sich ein Wechsel in allen Waren unter Umständen in ganz kurzer Zeit, es würde also gar nicht lange währen, bis alte Pfand-

---

[1]) Altersvorzug §§ 25 ff.; mit ihm stimmen im Urteil über die Bedeutung der Quellen überein: Windscheid, Pand. I, § 242, Anm. 10; Brinz, Pand., 2. Aufl. II, S. 866, Anm. 6. Die Quellenzeugnisse werden ferner ausführlich behandelt von Dernburg, Pfandrecht I, § 30, S. 249 ff.

[2]) Regelsberger, Prior., §§ 22 ff. Dernburg, Pfandrecht I, S. 246 ff. Exner, Kritik, S. 129 ff. Windscheid, Pand. I, § 242. Brinz, Pand. II, S. 860 ff. Seuffert, Archiv XI, S. 27 ff. Vgl. auch Wächter, Württgb. Priv.-Recht I, § 74, Note 6; s. a. die Literatur bei Windscheid a. a. O. und bei Vangerow, Pand. I, § 369, Anm. 1.

rechte vor in jüngster Zeit begründeten nichts mehr voraus haben. Außerdem müßte im Streitfalle für jedes einzelne Stück, das sich im Lager befindet, bewiesen werden, wann es in das Eigentum des Verpfänders gelangt ist.

Ähnliche und noch schlimmere Konsequenzen ergeben sich in der Tat aus den Vorschriften unseres B. G. B. Freilich ist die Frage nach dem Rang mehrerer Pfandrechte nach heutigem Recht von geringerer praktischer Bedeutung als früher, weil der zur Pfandbestellung erforderliche Besitz der Pfandsache die Möglichkeit, dieselbe Sache an mehrere Gläubiger zu verpfänden, sehr eingeschränkt hat. Immerhin ist eine mehrmalige Verpfändung derselben Sache auch heute nicht ausgeschlossen, und das B.G.B. bestimmt demgemäß im § 1209, daß allgemein für den Rang der Pfandrechte die Zeit der Bestellung maßgebend sein soll. So einfach und selbstverständlich diese Bestimmung klingt, soviel Unebenheiten und Schwierigkeiten resultieren daraus bei einem verpfändeten Warenlager bzgl. derjenigen Waren, die erst nach Bestellung mehrerer Pfandrechte angeschafft werden.

Gemäß § 1209 B.G.B. ist zur „Bestellung" eines Pfandrechts erforderlich: Einigung, Eigentum des Verpfänders und Besitzübergabe.

Die für das frühere Recht erörterten Schwierigkeiten bezüglich des Eigentumserwerbes durch den Verpfänder, der sich an allen nacherworbenen Sachen für mehrere Pfandrechte zu gleicher Zeit vollzieht, sind nach dem B.G.B. gelöst durch die Bestimmung des

§ 185 II. Danach werden die Pfandrechte, durch Zurückbeziehung des Eigentumserwerbes auf den Zeitpunkt der Einigung wirksam in der Reihenfolge, wie sie vereinbart wurden, sofern man wenigstens annimmt, daß die Zurückdatierung durch die Bestimmung des § 185 II begründet ist. Andernfalls bestimmt sich der Rang in gleicher Weise auf Grund der Bestimmung des § 185 Abs. 2, S. 2: Da die mehreren Pfandrechte nur bezüglich ihres Ranges nicht in Einklang stehen, sind spätere Pfandrechte insoweit unwirksam, als sie frühere beeinträchtigen, d. h. sie stehen diesen im Range nach. Im übrigen hat der Eigentumserwerb nach unserm Recht regelmäßig keine Bedeutung; denn das Erfordernis, das zuletzt erfüllt zu werden pflegt und durch dessen Erfüllung das Pfandrecht demgemäß zur Entstehung gelangt, ist das der Besitzübertragung.

Da mit dieser die Pfandrechte erst als „bestellt" anzusehen sind, richtet sich der Rang an den später angeschafften Waren schließlich allein nach dem Zeitpunkt der Einräumung des Mitbesitzes an die einzelnen Pfandgläubiger bezw. danach, für welches Pfandrecht die gemäß § 1206 Halbsatz 2 erforderliche Abrede mit dem Pfandhalter früher getroffen wurde. Die Folgen dieser Vorschriften sind kaum auszudenken: sobald sich auch für das zuletzt vereinbarte Pfandrecht eine Wandlung bezüglich des gesamten Warenbestandes vollzogen hat, ist möglicherweise von dem ursprünglichen Rang der Rechte nicht die Spur mehr zu merken, jüngere Rechte stehen mit alten auf gleicher Stufe oder gehen gar diesen vor, und da die Pfandbestellung an den

einzelnen Stücken erfolgt, muß sogar „für jede einzelne individuelle Sache, die unter den Inbegriff fällt, besonders festgestellt werden, ob hinsichtlich ihrer die gesetzlichen Voraussetzungen für die Entstehung eines Pfandrechts vorhanden sind, und hinsichtlich des Ranges, in welche Zeit die Erfüllung jener fällt!“ [1])

Die harten Konsequenzen können eventuell im Prozesse nach Lage des einzelnen Falles gemildert werden, in der Sache selbst ist wegen der positiven Bestimmungen der §§ 1205 und 1209 B.G.B. für das geltende Recht nichts zu ändern.

8.

Bei der Distraktion ergeben sich unseres Erachtens für das Warenlager keine besonderen Schwierigkeiten. Ist auch zuzugeben, daß eine Sachgesamtheit, da sie durch Teilung sehr an Wert einbüßen kann, zunächst nur im ganzen zum Verkauf gestellt werden darf[2]), so dürfte es doch beim Warenlager regelmäßig wenig ausmachen, ob der Warenbestand im Ganzen von einem anderen übernommen wird, oder ob die Waren in geringeren Mengen oder einzeln zum Verkauf gelangen. Es kann sogar die letztere Art des Verkaufes für den Schuldner günstiger sein, weil der Ertrag möglicherweise ein höherer ist, und dieser Gesichtspunkt ist bei Verwertung des Pfandes in erster Linie maßgebend.

---

[1]) Entsch. d. R.-G., Jur.-W. 1906, S. 224 f. Geißmar, a. a. O., S. 93.

[2]) Vergl. Demelius, Pfandrecht, S. 199.

III.

Sicherungsübereignungen.

9.

Im engsten Zusammenhange mit dem Pfandrechte (da sie den gleichen Zweck verfolgen) stehen die Sicherungsübereignungen, über die wir daher einige kurze Bemerkungen folgen lassen:

Es wurde schon oben erwähnt, daß die Verpfändung eines Warenlagers regelmäßig untunlich ist, weil das Gesetz verlangt, daß das Lager in den Besitz oder wenigstens Mitbesitz des Pfandgläubigers übergeht, und die Ausführung dieser Vorschrift mit einer ordnungsmäßigen Fortführung des Geschäftsbetriebes sich meist nicht vereinbaren läßt. Derartige Verhältnisse, wo Schuldner nur Mobilien zur Sicherstellung des Gläubigers zur Verfügung hat, deren Besitz er nicht entbehren kann, sind im Leben häufig und haben nach Beseitigung der Mobiliarhypothek[1]) dazu geführt, daß man die unentbehrlichen Mobilien durch andere Rechtsgeschäfte zur Grundlage des Kredits gemacht hat. Man überträgt unter bestimmten Nebenabreden eine Sache dem Gläubiger zu Eigentum und vereinbart Besitzübergang durch sog. constitutum possessorium, sodaß Schuldner-Veräußerer im Besitze der Sache

---

[1]) Also bereits unter der Herrschaft des gem. Rechts, vgl. oben S. 23, Anm. 3.

bleibt. Über die Zulässigkeit solcher Geschäfte, ihre Natur und ihre Folgen ist immer gestritten worden[1]).

Die Praxis hat die Zulässigkeit der Sicherungsübereignungen stets anerkannt. Ausführliche Verzeichnisse der einschlägigen Entscheidungen höherer und höchster Gerichte finden sich bei: Linckelmann[2]), Düringer und Hachenburg[3]), Dernburg[4]).

Daß Sicherungsübereignungen überhaupt unzulässig und nicht schon als simulierte Rechtsgeschäfte ungültig

---

[1]) Über diese Materie ist eine umfangreiche Literatur entstanden. Vgl. insbesondere über das frühere Recht: Linckelmann, Archiv für bürg. Recht 7, S. 209 ff. Bähr, Urteile des. R.G., S. 52 ff. Hellwig, Archiv für die Ziv.-Praxis, Bd. 64, S. 369 ff. Leist, Sicherung v. Forderungen; s. a. die weiter unten angezogenen Dissertationen.

Über das neue Recht: Düringer u. Hachenburg, Komm. Note XII zu § 368, H.G.B., S. 548 ff. Staub, Komm., Anm. 94 ff zu § 368. Lilienthal, D. Jur.-Ztg. 1902, S. 542 ff. (und die dort zitierten). Katzenstein in Gruchot Beitr., S. 49, 323 ff. Dissertationen: Fr. Goltz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft; Fr. Caspari, Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach gem. Recht und B.G.B.; Fr. Gerbert, Sicherungsübereignung und Mobiliarsicherungsrecht; S. Buetow, Sicherungsübereignungen.

[2]) a. a. O., S. 213 f.

[3]) a. a. O., S. 548.

[4]) Bürgerl. R. III., S. 783. Von neueren Entscheidungen beschäftigen sich mit dieser Materie: R. G. 57, S. 175 ff. (Sicherungskauf); 59, S. 146 ff.; 62, S. 126 ff. (Sicherungskauf); s. a. Jur. Wochenschrift 1904, S. 6, 197, 355; 1905, S. 48; 1906, S. 160 ff.; Rechtsspr. der O. L. G. 12, S. 140 f.; Seuffert, Archiv 62, Nr. 4.

sind, wird von fast allen anerkannt; man gibt in neuerer Zeit allgemein zu, daß die Eigentumsübertragung bei solchen Geschäften regelmäßig ernstlich gewollt ist, daß sich das Gegenteil jedenfalls nicht schon aus dem mit der Übereignung verfolgten Zweck der Sicherung einer Forderung schließen läßt. Natürlich kann im einzelnen Falle eine simulierte Eigentumsübertragung und dissimulierte Verpfändung vorliegen, ob es so ist, muß jedesmal nach Lage des Falles entschieden werden.

Eine andere Frage ist, ob in dem Abschluß solcher Geschäfte nicht ein agere in fraudem legis liegt, wenn Besitzübergang durch constitutum possessorium vereinbart wird, insofern als dadurch die Bestimmungen über die Publizität des Pfandrechts umgangen werden. Dies ist nicht anzunehmen; die Vorschriften, daß „Pfandrecht" nur als Faustpfand bestellt werden könne, beziehen sich nur auf das Pfandrecht und bezeichnen als Gebotsgesetze die Voraussetzungen für die Gültigkeit des Pfandrechts, während ein agere in fraudem legis ein Verbotsgesetz voraussetzt[1]).

[1]) Vgl. Linckelmann a. a. O.; so jetzt auch Köhler, vgl. die Schlußbemerkung zu Linckelmanns Aufsatz. R.G. 59, S. 148. A. A. Leist a. a. O., der die Vorschriften über das Pfandrecht auf Sicherungsübereignungen analog anwenden will, und Bähr a. a. O., Hellwig a. a. O., Goltz a. a. O., S. 31 f., Katzenstein a. a. O., S. 338, Caspari a. a. O., die ein agere in fraudem legis auch dann annehmen, wenn der Erfolg des an sich erlaubten Geschäftes dem wirtschaftlichen Zweck gewisser anderer Vorschriften, wenn sie auch in der Form von Gebotsgesetzen aufgestellt sind, zuwiderläuft (vgl. unsere Schlußbemerkung).

Ein solches würde vorliegen, wenn das B. G. B. mit dem Pfandrechte die Sicherungsgeschäfte ausschließlich hätte regeln wollen; dem ist aber nicht so, es sind nach B. G. B. auch andere Sicherungsgeschäfte zulässig. Im § 223 Abs. 2 spricht das Gesetz selbst ganz unbefangen davon, daß zur Sicherung einer Forderung ein Recht übertragen sei und nach den Protokollen[1]) ist eine die Sicherungsübereignung mit constitutum possessorium hindernde Vorschrift in das Gesetz nicht aufgenommen, um die Möglichkeit des Abschlusses anderer Sicherungsgeschäfte offen zu lassen. Danach ist unseres Erachtens die Zulässigkeit von Sicherungsübereignungen, auf die jene lediglich das Pfandrecht betreffenden Vorschriften nicht anzuwenden sind, nach dem Rechte des B. G. B. anzuerkennen.

10.

Sicherungsübereignungen können in verschiedener Form vorgenommen werden, die einfachste ist die der römischen Fiducia: Der Gläubiger wird sofort Eigentümer der übereigneten Sache und übernimmt die (obligatorische) Verpflichtung, das Eigentum an der Sache auf den Schuldner zurückzuübertragen, sobald er für seine Forderung befriedigt ist. Bedingung für die Gültigkeit eines solchen Geschäfts ist, wie schon oben angedeutet, daß die Eigentumsübertragung ernstlich gewollt, daß der Gläubiger-Erwerber tatsächlich Eigentümer wird. Mit Recht legt die Praxis auf die Erfüllung dieser Vorbedingung entscheidendes Gewicht (vergl. die

[1]) III, S. 200 f.

oben zitierten Entscheidungen). Der Gläubiger wird damit im Verhältnis zu Dritten unbeschränkt verfügungsberechtigt. Beschränkungen werden ihm nur auferlegt im Verhältnis zu dem Schuldner-Veräußerer auf Grund des fiduziarischen Charakters des Übereignungsgeschäfts. Sie beruhen demnach lediglich auf obligatorischen Verpflichtungen des Gläubigers und hindern also Eigentumserwerb durch einen Dritten selbst dann nicht, wenn dieser die Verpflichtungen des Gläubigers kannte; auch ein Anspruch auf Schadensersatz wird nach herrschender Auffassung gegen den Dritten nicht begründet, da dieser nicht verpflichtet ist, vertragliche Abmachungen anderer zu respektieren. Im Konkurse des Gläubigers fällt die übereignete Sache als dessen Eigentum in die Konkursmasse[1]). Dieses wird zwar von der herrschenden Meinung bestritten[2]), ist aber allein rechtlich begründet, denn das fiduziarische Eigentum ist von gewöhnlichem Eigentum in keiner Weise unterschieden; als Begründung für die gegenseitige Ansicht können allenfalls Billigkeitserwägungen in Frage kommen, die aber allein nicht maßgebend sind. Mag diese Folge im einzelnen Falle eine arge Härte für den Schuldner sein, so ist sie auf der andern Seite geeignet, ein Überhandnehmen von Geschäften dieser Art hintanzuhalten und so zu verhindern, daß der Zweck, den man mit Beseitigung

---

[1]) Matthiass a. a. O., I, S. 203. Lilienthal a. a. O., S. 545. Goltz a. a. O., S. 85 ff.

[2]) So Staub, Komm. 109 zu § 368, Jaeger, Komm., Anm. 17 zu § 43 K.O. (s. die dort zitierte Literatur), eingehend über die Streitfrage Goltz a. a. O., S. 85 ff.

der Mobiliarhypothek zu erreichen suchte, durch solche Sicherungsgeschäfte gänzlich vereitelt wird.

Außerdem gibt es Formen der Sicherungsübereignung, die für den Schuldner-Veräußerer weniger bedenklich sind: die bedingten Eigentumsübertragungen. Wird eine auflösende Bedingung vereinbart, so geht das Eigentum sofort auf den Gläubiger über, fällt aber gemäß § 158 II B.G.B. ipso jure an den Schuldner zurück, wenn die Bedingung eintritt, regelmäßig also: wenn der Schuldner die Forderung erfüllt. Etwaige Zwischenverfügungen des Gläubiger-Erwerbers sind im Falle des Eintritts der Bedingung unwirksam (§ 161 II); Schuldner kann die Sache also auch von einem Dritten zurückfordern, außer wenn dieser beim Erwerbe im guten Glauben war (§ 161 III). Im Konkurse des Gläubigers kann Schuldner gegen Zahlung der Schuld die übereignete Sache aussondern, da er dann ipso jure wieder Eigentümer wird.

Ist die Eigentumsübertragung aufschiebend bedingt, so kann ein Dritter während der Schwebezeit Eigentum nur erwerben, wenn er gutgläubig erwirbt (§ 394), da Gläubiger noch nicht Eigentümer ist. Aus gleichem Grunde kann die Sache beim Konkurse des Gläubigers auch nicht in die Masse fallen.

Man könnte in der aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung (auch in den übrigen Arten, wenn die Einlösungsbefugnis des Schuldners an eine Frist geknüpft ist, die Vereinbarung einer der pfandrechtlichen lex commissaria entsprechenden Bestimmung erblicken und damit das ganze Geschäft als zur Um-

gehung dieses Verbotes abgeschlossen für nichtig erklären. Doch ist der Gläubiger hier wie überhaupt bei fiduziarischen Geschäften dem Schuldner gegenüber verpflichtet, dem Zweck des Geschäftes entsprechend zu verfahren [1]), bei einer Übereignung zu Pfandzwecken also vor allem eine Verwertung nach den Grundsätzen des Pfandrechts eintreten zu lassen. Schuldner kann also, wenn Gläubiger nach Fälligkeit der Forderung die fiduziarisch übereignete Sache behält, verlangen, daß sie verkauft und der Mehrerlös an ihn herausgegeben wird; tut er das nicht, so erklärt er sich durch sein Schweigen damit einverstanden, daß Gläubiger die Sache zu dauerndem Eigentum erhält, und dies wird, nachdem die Forderung fällig geworden ist, auch beim Pfandrecht zugelassen.

Sehr häufig werden Sicherungsgeschäfte in Form von Sicherungskäufen abgeschlossen. Schuldner schließt mit dem Gläubiger einen Kaufvertrag, auf Grund dessen die Übereignung der Sachen, die zur Sicherung dienen sollen, erfolgt, der Kaufpreis entspricht regelmäßig der Höhe der Schuld und wird gegen diese aufgerechnet. Die fiduziarische Natur des Geschäftes wird gewahrt durch Nebenabreden, durch die der Schuldner berechtigt oder sogar verpflichtet wird, die verkauften Sachen binnen einer gewissen Frist um einen bestimmten Preis zurückzukaufen.

Die Bestimmungen des obligatorischen Vertrages können von Bedeutung sein für die Entscheidung der Frage, ob etwa überhaupt keine Sicherungsübereignung,

[1]) Vgl. Matthiass, Lehrb. I, S. 203.

sondern eine verschleierte Verpfändung vorliegt. Im übrigen ist der Kaufvertrag bei einem Sicherungskauf immer simuliert; den Parteien liegt es ohne Frage vollkommen fern, einen ernstlichen Kaufvertrag abzuschließen[1]), sie entleihen nur dessen Formen. Wäre der Kaufvertrag ernstlich gewollt, so müßte folgerichtig die Schuld durch Aufrechnung gegen den Kaufpreis untergehen, und einer „Sicherung" bedürfte es nicht mehr.

Es handelt sich auch gar nicht um den Kaufvertrag, sondern um die daraufhin vorgenommene abstrakte Eigentumsübertragung, die trotz der Nichtigkeit der zu Grunde liegenden causa wirksam bleibt. Dem kondizierenden Schuldner kann der Gläubiger einredeweise den Sicherungszweck des Geschäftes entgegenhalten. Des weiteren bestimmen sich die Rechtsverhältnisse dann wie bei der erstgenannten Art der Sicherungsgeschäfte: Der Gläubiger ist unter bestimmten Voraussetzungen obligatorisch verpflichtet, das Eigentum auf den Schuldner zurückzuübertragen.

Im Konkurse des Schuldner-Veräußerers ist der Gläubiger-Erwerber in allen Fällen zur Aussonderung der übereigneten Sachen berechtigt, doch darf er seine Forderung nur in Höhe des Ausfalls zur Befriedigung aus der Masse anmelden, sodaß er faktisch nicht wie ein Aussonderungsberechtigter, sondern nur wie ein Absonderungsberechtigter dasteht[2]).

[1]) Vgl. Hellwig a. a. O., S. 384 ff. Katzenstein a. a. O., bei letzterem eingehend über die Praxis des R.-Ger.

[2]) Vgl. Staub, Komm., S. 1387. Jaeger, Konk.-Ordn., § 64, Anm. 2, § 48, Anm. 10, S. 416. Lilienthal a. a. O., S. 545. R. G. 24, S. 45 ff.

In allen Fällen soll der Schuldner-Veräußerer regelmäßig im Besitze der übereigneten Sache bleiben; zu diesem Zweck ist gemäß § 930 B. G. B. ein Rechtsverhältnis („causa detentionis") zu vereinbaren, vermöge dessen der Gläubiger-Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt [1]).

11.

Als causa detentionis können verschiedene Rechtsverhältnisse dienen: Miete, Pacht, Verwahrung, Leihe, auch Bestellung eines Nießbrauchs. Ist ein Warenlager Gegenstand der Sicherungsübereignung, so muß dem Schuldner, damit er den Geschäftsbetrieb zu eigenem Nutzen fortführen kann, das Recht der Fruchtziehung besonders eingeräumt oder als causa detentionis ein Schuldverhältnis vereinbart werden, das ihn ohnehin zur Fruchtziehung berechtigt z. B. Pacht. Nicht zu empfehlen ist die Bestellung eines Nießbrauchsrechtes, da die Waren des Lagers gemäß § 92 Abs. 2 B. G. B. als verbrauchbare Sachen gelten und der Schuldner als Nießbraucher so wieder Eigentümer des von ihm übereigneten Warenlagers würde. (§ 1067 B. G. B.)

Die von dem Schuldner in ordnungsmäßiger Fortführung des Geschäftsbetriebes veräußerten Waren können von ihm auf Grund der Einwilligung des Gläubigers wirksam übereignet werden (§ 185, I). Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wie der Gläubiger-Erwerber Eigentümer derjenigen Waren-

[1]) Im gem. Recht war streitig, ob dies zur Wirksamkeit eines constitutum possessorium notwendig sei. (Vgl. darüber Dernburg, Pand. I, S. 421.

vorräte wird, die der Schuldner-Veräußerer erst nach Übereignung des Lagers erwirbt und in das Lager einbringt. Das constitutum possessorium kann sich auf diese Waren nicht ohne weiteres miterstrecken, es müßte vielmehr für jeden Warenposten mit der erforderlichen causa detentionis aufs Neue vereinbart werden. Diese Umständlichkeit wird vermieden, wenn der Schuldner verpflichtet wird, als Vertreter des Gläubigers Eigentum stets für diesen zu erwerben [1]). Der Schuldner muß dann aber beim Eigentumserwerb vom Verkäufer der Waren erkennbar als Vertreter seines Gläubigers handeln (§ 164 Abs. 2), andernfalls würde er selbst Eigentümer, und dem Gläubiger bliebe bezüglich dieser Sachen nur der obligatorische Anspruch auf Übertragung des Eigentums [2]). Erfolgt die Veräußerung der Waren nicht ordnungsmäßig, würde der Schuldner durch sein Geschäftsgebahren den Bestand des Lagers gefährden, so hätte der Gläubiger das Recht, den vorhandenen Warenvorrat heraus-

---

[1]) Manche bestreiten allerdings, daß dies möglich ist, weil man Besitz nicht durch einen Vertreter erlangen könne; Vertretung sei nur bei Rechtsgeschäften zugelassen (so Planck, Komm. Bem. 6 zu § 929). Doch trifft dies unseres Erachtens nicht zu; ist doch der durch § 930 B. G. B. als zulässig anerkannte Besitzerwerb durch constitutum possessorium auch ein Besitzerwerb durch Stellvertreter, nur daß der Vertreter hier schon im Besitze der Sache ist (vgl. in Seuffert's Archiv 36, Nr. 127), s. a. Dernburg, bürg. Recht I, S. 470; Cosack, bürg. Recht II, S. 74; Staudinger Komm. III, S. 292.

[2]) Zwar ist auch dies bestritten (s. darüber Planck, Komm. I, Bemerk. 2 zu § 164), doch läßt der Wortlaut des § 164 Abs. 2 unseres Erachtens keine andere Deutung zu.

zuverlangen. Denn auf Grund des fiduziarischen Charakters des ganzen Geschäftes ist anzunehmen, daß das Verhältnis, auf Grund dessen der Schuldner im Besitze des Lagers verblieben ist, nur solange dauern soll, als solches „mit dem Sicherungszweck vereinbar“ ist[1]).

Bei Gegenüberstellung der hier berührten Materien nach dem gem. Recht und B. G. B. muß es auffallen, daß dieselben nach neuem Recht nur wenig an Sicherheit gewonnen haben. Nach den Motiven hat man eine ausdrückliche Regelung der Rechtsverhältnisse an Sachgesamtheiten bewußt unterlassen. Es sollte eben aus dem Gesetz auch so mit zweifelloser Sicherheit hervorgehen, daß der Sachinbegriff als solcher nicht Rechtsobjekt sei (wir sahen, daß selbst dieses Prinzip trotzdem nicht unbestritten ist), im übrigen war man der Ansicht, daß der Begriff zu Befriedigung eines praktischen Bedürfnisses im geltenden Recht nicht diene. Unsere Betrachtungen haben gelehrt, daß dies nicht unbedingt zutrifft. Auf alle Fälle können sich, wie die Motive selbst zugestehen, Auslegungsschwierigkeiten ergeben und wäre es (wie bereits oben bemerkt) schon aus diesem Gesichtspunkte von Segen gewesen, wenn das Gesetz durch entsprechende Vorschriften Anhaltspunkte gegeben hätte. — In der Frage des

[1]) Vgl. Entsch. des R. G. in Jur. W. 1906, S. 161; s. a. Staub, Komm. II, S. 1384, Anm. 99 zu § 368; R. G. 59, S. 191 ff.

Ranges mehrerer Pfandrechte an einem Sachinbegriff kamen wir zu Konsequenzen, die eine Neuregelung dieser Frage gebieterisch fordern.

Weiter wäre eine Neuordnung des Pfandrechts an beweglichen Sachen in Erwägung zu nehmen. Wenn ein praktisches Bedürfnis dafür besteht, daß man zur Sicherung von Forderungen Mobilien verwerten kann, ohne deren Besitz aufgeben zu müssen [1]), warum verweist man den Schuldner dann auf den anomalen und für ihn unter Umständen sehr gefährlichen Weg der Sicherungsübereignung und gestaltet nicht das Pfandrecht entsprechend aus? Denn der Zweck, der mit der grundsätzlichen Proklamierung der Publizität des Pfandrechts verfolgt wird, größere Sicherheit des Kreditwesens, ist doch verfehlt, wenn es dem Schuldner freisteht, seine Mobilien mit einem noch stärkeren Recht zu belasten, ohne daß dies äußerlich in Erscheinung tritt.

[1]) Prot. III, S. 200 ff.